



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2010

---

## **Art. 51-58 AVIG**

Gächter, Thomas ; Stöckli, Jean-Fritz

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-44152>  
Book Section

Originally published at:

Gächter, Thomas; Stöckli, Jean-Fritz (2010). Art. 51-58 AVIG. In: Staehelin, Adrian; Bauer, Thomas; Staehelin, Daniel. Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs : Art. 1-158 SchKG (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn, 2949-2974.

---

# BASLER KOMMENTAR

---

## Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II

Art. 159–352 SchKG

Art. 1–47 GSchG, Art. 51–58 AVIG

2. Auflage

Herausgeber

Adrian Staehelin

a. Appellationsgerichtspräsident,  
em. Professor der Universität Basel

Thomas Bauer

Advokat, Basel und Zürich  
Abteilungspräsident am Kantonsgericht Basel-Landschaft

Daniel Staehelin

Advokat und Notar in Basel,  
Titularprofessor der Universität Basel

# Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG)

vom 25. Juni 1982

## Fünftes Kapitel: Insolvenzenschädigung

### Vorbemerkungen zu Art. 51–58 AVIG

#### Materialien

Botschaft zum Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIG), BBl. 1980 III 500; Rev.-Botschaft 1. Teilrev., BBl. 1989 III 377; Rev.-Botschaft 2. Teilrev., BBl. 1994 I 343; Botschaft zum Stabilisierungsprogramm 1998, BBl. 1999 I 4; Rev.-Botschaft 3. Teilrev., BBl. 2001 2245; Rev.-Botschaft 4. Teilrev., BBl. 2008 7733.

#### Literatur

AMMANN MARTIN, Eine Insolvenzenschädigung für den Arbeitnehmer, SZS 1980, 212 ff.; BREINING JOACHIM, Arbeitslosenversicherung und Ausländerrecht, Diss. Zürich 1990; BRÖNNMANN FRANZ K., Der Arbeitgeber im Konkurs, Diss. Basel 1982; BRUNI GUGLIELMO, Die Stellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, BJM 1982, 281 ff.; BURGHER URS, Die Insolvenzenschädigung. Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Diss. Zürich 2004; GERHARDS GERHARD, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I und II 1987, Bd. III 1993, Bern (zit. Bd.); DERS., Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts, Bern 1996 (zit. Grundriss); GROB-ANDERMACHER BEATRICE, Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1982; LOCHER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003; LONDIS MARIA, Gesetzeskorrektur statt Fristwiederherstellung?!, Probleme der fristgerechten Geltendmachung der Insolvenzenschädigung durch ArbeitnehmerInnen im Fall der Pfändung von ArbeitgeberInnen, AJP 1999, 575; NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 2. Aufl., Basel 2007, 2143 ff.; PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007; RUBIN BORIS, Assurance-chômage, 2. Aufl., Zürich 2006; SCHNEUWLY JEAN-CLAUDE, Die Arbeitslosenversicherung, SJK 1150; SPÜHLER KARL, Grundriss des Arbeitslosenversicherungsrechts, Bern 1985; STAEHELIN ADRIAN, Die zeitliche Begrenzung des von der Insolvenzenschädigung gedeckten Lohnes, in: Kail-Wolf/Greber/Caci (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, 383 ff.; STAUFFER HANS-ULRICH, Aus der Rechtsprechung der Kantonalen Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung Basel-Stadt und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, BJM 2003, 121 ff. sowie BJM 1998, 169 ff.; STAUFFER HANS-ULRICH/KUPFER BUCHER BARBARA, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3. Aufl., Zürich 2008.

#### Inhaltsübersicht

	Note
I. Normzweck .....	1
1. Verlustrisikodeckung .....	1
2. Bevorschussung .....	2
II. Entstehung, verfassungsmässige Grundlage und internationale Einbettung,...	4
III. Finanzierung der Leistungen .....	11

## 1. Verlustrisikodeckung

Die Insolvenzenschädigung hat vorerst den Zweck, in Ergänzung zum Arbeitnehmerprivileg gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG das Risiko des Lohnausfalles des Arbeitnehmers bei qualifizierter Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit) des Arbeitgebers zu decken. Sie deckt damit nicht das Risiko der Arbeitslosigkeit, sondern das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (VerwGer. ZG, GVP ZG 2000, 56 ff., 57). Damit wird der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmenden vom Arbeitgeber Rechnung getragen. Da die Arbeitnehmenden zudem vorleistungspflichtig sind, wäre es besonders unbillig und stossend, wenn sie trotz bereits geleisteter Arbeit allenfalls vorläufig oder definitiv keinen Lohn erhalten würden (BURGHERR, 6).

## 2. Bevorschussung

Im Weiteren soll mittels Bevorschussung die zeitgerechte Auszahlung der Lohnforderungen sichergestellt werden. Die Arbeitnehmenden, die wirtschaftlich i.d.R. auf ein regelmässiges Einkommen angewiesen sind, sollen nicht bis zum Abschluss des Insolvenzverfahrens warten müssen, um dann allenfalls nur einen Teil ihrer Lohnforderung zu erhalten. Die Insolvenzenschädigung hat insofern instrumentelle Ähnlichkeit mit der Ausrichtung von Vorschüssen für Unterhaltsleistungen gemäss Art. 293 Abs. 2 ZGB und darauf gestützter kantonaler Vollzugsgesetzgebung.

Die Insolvenzenschädigung deckt somit weder ein bestehendes noch ein drohendes effektives soziales Risiko ab, sondern ein vollstreckungsrechtliches. Sie wird deshalb nicht dem materiellen, sondern dem formellen Sozialversicherungsrecht zugerechnet (BURGHERR, 8 f.; LOCHER, § 45 N 65).

## II. Entstehung, verfassungsmässige Grundlage und internationale Einbettung

Als Folge der Rezession in den siebziger Jahren wurde erkennbar, dass das Forderungsprivileg der Arbeitnehmer in der ersten Klasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG) keinen genügenden Schutz bewirkte (im Detail s. BURGHERR, 13 ff.). Eine angemessene Deckung der Lohnforderungen aus dem Konkurserlös war häufig nicht zu erzielen. Auch die Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern war als Ersatz für Lohnforderungen nicht möglich. Denn bei Insolvenz des Arbeitgebers fehlt es am Arbeitsausfall und damit an einer zwingenden Voraussetzung für die Ausrichtung von Arbeitslosenversicherungsleistungen.

Mit Inkrafttreten der Bestimmungen über die Insolvenzenschädigung (Art. 51 ff. AVIG und Art. 73 ff. AVIV) auf den 1.1.1983 wurde somit eine bedeutende Neuerung im schweizerischen Sozialversicherungsrecht geschaffen (BBl. 1980 III 490; BREINING, 340). Teilrevisionen erfolgten 1990, 1995 und 2003. Bedeutsam war auch das Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1), das für den hier interessierenden Bereich der Insolvenzenschädigung grundsätzlich vollständig anwendbar ist (Art. 1 AVIG).

Die verfassungsmässige Grundlage findet sich in Art. 110 Abs. 1 lit. a BV (Schutz der Arbeitnehmer; BBl. 1980 III 535 und 609; VPB 1980/44 N 30; BREINING, 340; BURGHERR, 21 f.; SGK BV-GÄCHTER, Art. 110 N 22; RUBIN, 544). Daran ändert der Umstand nichts, dass die meisten Bestimmungen des AVIG die Arbeitslosenversicherung betreffen und somit auf Art. 114 BV zu stützen sind. Indem der Gesetzgeber sowohl die Insolvenzenschädigung als auch die Arbeitslosenversicherung im gleichen

Gesetz geregelt hat, können die Folgen des Arbeitsplatzverlustes zusammenhängend geordnet werden, insb. was die Finanzierung betrifft. Zudem wollte der Gesetzgeber vermeiden, einen eigenen Versicherungszweig zu schaffen, was zu administrativem und finanziellem Zusatzaufwand geführt hätte (BURGHERR, 8 f.).

Die schweizerische Regelung über die Insolvenzenschädigung würde dem EU-Standard entsprechen (BOTSCHAFT EWR I/387): Die EU-Insolvenzrichtlinie RL 80/987 fordert die Entschädigung für das Arbeitsentgelt während drei Monaten (RL 80/987 Art. 4 Abs. 2), wobei die Bestimmung des Begriffs des Arbeitsentgelts dem Recht der Staaten überlassen ist (RL 80/987 Art. 2 Abs. 2). Die RL 80/987 ist jedoch vom Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) nicht erfasst und damit für die Schweiz nicht anwendbar (NUSSBAUMER, N 587).

Die schweizerische Regelung ist auch mit dem IAO-Übereinkommen Nr. 173 über den Schutz der Forderungen der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers (SR 0.822.727.3) konform, das für die Schweiz am 16.6.1996 in Kraft getreten ist. Dieses verlangt eine Mindestdauer von acht Wochen (Art. 12 lit. a IAO-Übereinkommen Nr. 173). Entgegen einem höchstrichterlichen Urteil, das diese Frage offen gelassen hat (EVG 8.2.2008, C 434/99 [ARV 2001 Nr. 33 E. 5]), ist das IAO-Übereinkommen gerade auch in der Arbeitslosenversicherung und dort bei der Insolvenzenschädigung anwendbar (BURGHERR, 25; NUSSBAUMER, N 587).

Die Insolvenzenschädigung fällt nicht in den Anwendungsbereich des FZA und der Erlasse des koordinierenden europäischen Sozialrechts, auf welche in dessen Anhang II verwiesen wird. Unter den Begriff der «Leistungen bei Arbeitslosigkeit» i.S.v. Art. 4 der Verordnung 1408/71 (EWG) fallen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur Geldleistungen, welche als Ersatz für den durch die Arbeitslosigkeit entgangenen Lohn gedacht sind und dadurch dem Unterhalt der arbeitslosen Person dienen. So wenig wie das deutsche Konkursgeld fällt die Insolvenzenschädigung i.S. des AVIG unter diese Definition (zum Ganzen BURGHERR, 27 f.; NUSSBAUMER, N 587; s.a. im Zusammenhang mit der parallelen Regelung im EFTA-Abkommen BGE 132 V 82, 88 f. E. 5.3).

In den bilateralen Sozialversicherungsabkommen ist die Insolvenzenschädigung einzig im Abkommen mit Deutschland vom 20.10.1982 (SR 0.837.913.6) vom sachlichen Geltungsbereich erfasst (Art. 2 Abs. 1). Gemäss Art. 8 Abs. 4 dieses Abkommens erhalten Grenzgänger unabhängig von ihrem Wohnort Konkursausfallgeld oder Insolvenzenschädigung nach den Rechtsvorschriften des Vertragsstaates, in dem ihre Lohnforderung geltend zu machen ist. Für die Grenzgänger anderer Staaten bedeutet dies jedoch keine substantielle Benachteiligung, da die Schweiz die Insolvenzenschädigung ohnehin unabhängig vom Wohnsitz ausrichtet, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (BURGHERR, 24 f.). Da die Insolvenzenschädigung wie beschrieben nicht in den sachlichen Geltungsbereich des FZA fällt, bleibt das bilaterale Abkommen mit Deutschland insofern massgeblich (vgl. Art. 20 FZA).

## III. Finanzierung der Leistungen

Die Insolvenzenschädigungsleistungen werden aus denselben Mitteln wie die Arbeitslosenversicherung finanziert (Art. 57 AVIG). Die Beitragspflicht der versicherten Arbeitnehmer und der Arbeitgeber ergibt sich aus Art. 2 und Art. 90 Abs. 1 AVIG. Hinzu kommen die Zinsen des ALV-Ausgleichsfonds (Art. 90 Abs. 1 AVIG). Für die Insolvenzenschädigung besteht damit keine Sonderfinanzierung, d.h. die Beiträge werden von Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden paritätisch erbracht, d.h. von einer alleinigen



anspruchnahme der Arbeitgeber wurde abgesehen (BURGHERR, 8). Das Gesamtvolumen der ausgerichteten Insolvenzenschädigungen betrug im Jahr 2005 Fr. 41 Mio., im Jahr 2008 noch rund Fr. 26 Mio. (Die Volkswirtschaft, 11/2009, 97). Gemessen an den Gesamtausgaben der Arbeitslosenversicherung von rund Fr. 5,1 Mia. im Jahr 2008 bedeutet dies einen sehr geringen Anteil von knapp einem halben Prozent des gesamten Ausgabenvolumens.

## Art. 51 AVIG

### Anspruchsvoraussetzungen

**<sup>1</sup> Beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn:**

- gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen oder**
- der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen oder**
- sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben.**

**<sup>2</sup> Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.**

### Droit à l'indemnité

**<sup>1</sup> Les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité (ci-après indemnité) lorsque:**

- une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui ou que**
- la procédure de faillite n'est pas engagée pour la seule raison qu'aucun créancier n'est prêt, à cause de l'endettement notoire de l'employeur, à faire l'avance des frais ou**
- ils ont présenté une demande de saisie pour créance de salaire envers leur employeur.**

**<sup>2</sup> N'ont pas droit à l'indemnité les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise.**

### Presupposti del diritto

**<sup>1</sup> I lavoratori soggetti all'obbligo di contribuzione, al servizio di datori di lavoro che sottostanno in Svizzera ad una procedura d'esecuzione forzata o che occupano in Svizzera lavoratori, hanno diritto all'indennità per insolvenza, se:**

- il loro datore di lavoro è stato dichiarato in fallimento e se a quel momento vantano crediti salariali oppure**
- il fallimento non viene dichiarato soltanto perché in seguito a manifesto indebitamento del datore di lavoro nessun creditore è disposto ad anticipare le spese o**
- hanno presentato, contro il loro datore di lavoro, una domanda di pignoramento per crediti salariali.**

**<sup>2</sup> Non hanno diritto all'indennità per insolvenza le persone che, in qualità di soci, di membri di un organo dirigente dell'azienda o finanziariamente partecipi della società, prendono parte alle decisioni del datore di lavoro o possono esercitarvi un influsso considerevole, nonché i loro coniugi che lavorano nell'azienda.**

## Literatur

Vgl. die Literaturhinweise bei den Vorbem. zu Art. 51–58 AVIG.

## Inhaltsübersicht

	Note
I. Normzweck .....	1
II. Anwendungsbereich .....	2
III. Persönliche Anspruchsvoraussetzungen .....	3
1. Arbeitnehmer .....	3
a) Begriff (Abs. 1) .....	3
b) Ausschluss von der Anspruchsberechtigung (Abs. 2) .....	5
2. Beitragspflicht .....	6
3. Arbeitgeber .....	13
IV. Sachliche Anspruchsvoraussetzungen .....	18
1. Konkurseröffnung (Abs. 1 lit. a) .....	19
2. Offensichtliche Überschuldung (Abs. 1 lit. b) .....	20
3. Pfändungsbegehren (Abs. 1 lit. c) .....	21
4. Nachlassstundung (Art. 58 AVIG) .....	23
5. Konkursaufschub (Art. 58 AVIG) .....	24

## I. Normzweck

Die Anspruchsvoraussetzungen werden in räumlicher und vollstreckungsrechtlicher Hinsicht festgelegt (Abs. 1). Vom persönlichen Geltungsbereich werden gemäss Abs. 2 Teilhaber und Gesellschafter, leitende Angestellte sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten ausgeschlossen.

## II. Anwendungsbereich

Die Insolvenzenschädigung ist insb. von der Arbeitslosenentschädigung abzugrenzen. Die Insolvenzenschädigung deckt grundsätzlich nur die **Ansprüche aus Arbeitsvertrag vor Konkurseröffnung** (s. aber Art. 52 N 13) bzw. vor Stellung des Pfändungsbegehrens. Sie deckt somit alle Ansprüche des Arbeitnehmers, die ihm gegenüber dem Arbeitgeber aus vertraglicher Leistungspflicht erwachsen sind. Sie tritt folglich an die Stelle des geschuldeten Lohnes (STAUFFER, Arbeitslosenversicherung, 179). Dagegen hat der Arbeitnehmer

Anspruch auf **Arbeitslosenentschädigung**, wenn er in die Annahmeverzugs des Arbeitgebers Ansprüche gegen diesen besitzt und sich der Vermittlung zur Verfügung stellt. Dies unabhängig davon, ob der Konkurs bereits eröffnet bzw. das Pfändungsbegehren gestellt ist (BGE 111 V 269 E. 1; 110 V 30; STAUFFER/KUPFER BUCHER, 216). Um zu bestimmen, ob Arbeitslosenentschädigung (Art. 29 AVIG, Zweifel über Ansprüche aus Arbeitsvertrag) oder Insolvenzenschädigung in Frage kommt, ist auf die Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person im fraglichen Zeitpunkt abzustellen sowie auf das Einhalten der Kontrollvorschriften (STAUFFER/KUPFER BUCHER, 216 m.H. auf ARV 2003 Nr. 28 E. 2.4.1).

### III. Persönliche Anspruchsvoraussetzungen

#### 1. Arbeitnehmer

##### a) Begriff (Abs. 1)

Der AHV- und damit auch ALV-eigene Arbeitnehmerbegriff (BGE 119 V 158 E. 3) ist mit dem zivilrechtlichen nicht identisch; er ist viel *weiter* gefasst (z.B. BURGHERR, 29 ff., 54 f.). Arbeitnehmer gemäss AHVG und AVIG ist, wer in **unselbständiger** Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Arbeit leistet und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz bezieht (Art. 10 ATSG), d.h. wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht **abhängig** ist und kein Unternehmerrisiko trägt (eingehend LOCHER, § 22 N 10 ff.). So fallen namentlich öffentlich-rechtliche Angestellte und gewählte Beamte eines Gemeinwesens, Agenten und u.U. auch im Auftragsverhältnis stehende Personen darunter. Weiter ist die Arbeitnehmereigenschaft auch dann zu bejahen, wenn eine unselbständige Erwerbstätigkeit ohne Arbeitsbewilligung ausgeübt wird (STAUFFER/KUPFER BUCHER, 218 m.w.H.).

**Selbständigerwerbende** Personen i.S.v. Art. 12 ATSG (z.B. Ärzte, Treuhänder, Anwälte etc.) haben keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung (siehe etwa LOCHER, § 24), was sich aus Systematik und Wortlaut des Gesetzes klar ergibt.

##### b) Ausschluss von der Anspruchsberechtigung (Abs. 2)

Die zweite AVIG-Teilrevision vom 23.6.1995 konkretisierte den Ausschluss von der Anspruchsberechtigung: Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre Ehegatten. Erklärter Normzweck ist die Missbrauchsbekämpfung und die Koordination mit dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Rev.-BOTSCHAFT 2. Teilrev., BBl. 1994 I 361 f.), wobei es bei der Insolvenzenschädigung im Sinne eines weit verstandenen Verursacherprinzips gerade auch darum geht, die «Urheber der Insolvenz» (BURGHERR, 40) vom Schutz auszunehmen.

Art. 51 Abs. 2 AVIG wurde sinngemäss wie die entsprechenden Bestimmungen über die Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) und die Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 3 AVIG) formuliert. Für die Abgrenzung bezüglich der Frage, wer als Gesellschafter, am Betrieb Beteiligter oder sonst als «arbeitgeberähnliche Person» gilt, kann damit sinngemäss die Rechtsprechung zu den beiden genannten Tatbeständen herangezogen werden. Bei der **Auslegung** darf aber gleichwohl nicht ausser Acht gelassen werden, dass es um verschiedene Arten der Einflussnahme geht: Bei der Insolvenzenschädigung ist der Einfluss auf den Tatbestand der Insolvenz hauptsächlich aus Billigkeitsüberlegungen anspruchsfreudlich. Bei der Kurzarbeitsentschädigung dagegen geht es vor

allem um den Einfluss der arbeitgeberähnlichen Person auf das Ausstehen von Pensionen und die Einführung von Kurzarbeit selbst, weshalb die Missbrauchsgefahr besonders gross ist (BURGHERR, 41).

Vom Anspruch ausgenommen sind damit der Arbeitgeber – was sich bereits daraus ergibt, dass dieser als Selbständigerwerbender nicht Arbeitnehmer oder aber eine juristische Person ist – sowie **arbeitgeberähnliche Personen**, die zudem über einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheide des Arbeitgebers verfügen. Arbeitgeberähnliche Personen sind etwa die förmlichen Gesellschafter aller Gesellschaftsformen (einfache Gesellschaft, Kollektiv-, Kommandit- und Aktiengesellschaft, GmbH, Genossenschaft und Verein). Finanziell am Betrieb beteiligt und in dieser Eigenschaft arbeitgeberähnliche Personen sind etwa Darlehensgeber, Obligationäre oder auch stille Gesellschafter. Zu den Mitgliedern oberster betrieblicher Entscheidungsgremien zählen schliesslich die formellen und materiellen (faktischen) Organe eines Unternehmens (zum Ganzen BURGHERR, 42).

Neben der Eigenschaft als arbeitgeberähnliche Person ist auch die **massgebliche Einflussmöglichkeit** auf die Entscheidungen des Arbeitgebers von Bedeutung, um einen Ausschluss von der Anspruchsberechtigung zu begründen. Es kommt dabei auf die Einflussmöglichkeit und nicht auf die tatsächlich ausgeübte Einflussnahme an. Die massgebliche Einflussmöglichkeit beurteilt sich nicht nach rein formalen Kriterien. Zu prüfen ist stets, welche Einflussmöglichkeiten einem leitenden Angestellten aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommen, was sich aus Gesetz, Vertrag oder Statuten ergeben kann. Bereits aus dem Gesetzestext ergibt sich die Vermutung, dass Mitgliedern oberster betrieblicher Entscheidungsgremien die massgebliche Einflussmöglichkeit zusteht. Eine finanzielle Beteiligung ist erst ab einem gewissen Volumen massgeblich, weshalb etwa der Besitz von Mitarbeiteraktien bezüglich der Anspruchsberechtigung normalerweise nicht schadet (zum Ganzen BURGHERR, 44 f.). Die Einzelfallabklärung der massgeblichen Einflussmöglichkeit erübrigt sich gemäss Rechtsprechung bei mitarbeitenden Verwaltungsräten, denen der nötige Einfluss bereits von Gesetzes wegen zukommt (BGE 122 V 273 E. 3). Der Ausschluss allein aufgrund einer Zeichnungsberechtigung ist hingegen nicht zulässig (BGE 120 V 525 f.; s.a. BURGHERR, 43 f.).

Sofern die massgebliche arbeitgeberähnliche Stellung erst während der geltend gemachten Anspruchsperiode für die Insolvenzenschädigung angetreten worden ist, fällt der Anspruch erst ab diesem Zeitpunkt dahin. Verliert dagegen jemand die arbeitgeberähnliche Stellung, bleibt aber weiterhin im Betrieb angestellt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die massgebliche Einflussmöglichkeit entfallen ist. Sofern diese Möglichkeit entfallen ist, hat die versicherte Person ab dem Zeitpunkt des Verlustes der Einflussmöglichkeit Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Wurde dagegen der Tatbestand, der für die Insolvenz ursächlich war, schon vor dem massgeblichen Austrittszeitpunkt gesetzt, bleibt die versicherte Person über diesen Zeitpunkt hinaus vom Anspruch ausgeschlossen, was etwa mit einem weit verstandenen «Verursacherprinzip» begründet wird (vgl. BGE 126 V 134; zum Ganzen m.w.H. BURGHERR, 47; s.a. RUBIN, 561).

BURGHERR stellt bezüglich der Ausweitung des Ausschlusses auf die **Ehegatten** zu Recht in Frage, ob bei der Insolvenzenschädigung tatsächlich dieselbe Missbrauchsgefahr besteht wie bei der Kurzarbeits- und der Schlechtwetterentschädigung. Obwohl er es für ein gesetzgeberisches Versehen hält, dass die gleiche Regelung übernommen worden ist, bejaht er die Geltung des Ausschlussgrundes des Ehegatten (BURGHERR, 48). Unter den Begriff Ehegatten fallen dabei auch in eingetragener Partnerschaft lebende Personen (Art. 13a ATSG), im Hinblick auf den Ausnahmecharakter der Norm sowie deren fragwürdige ratio jedoch nicht die in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Personen (NUSSBAUMER, N 591; a.M. wohl BURGHERR, 49).

Zwingende Voraussetzung für die Gewährung der Insolvenzenschädigung ist sodann, dass der Arbeitnehmer der **ALV-Beitragspflicht** untersteht. Das trifft für jede Person zu, die gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) **obligatorisch** versichert und für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist (GERHARDS, Bd. I, Art. 2 N 27 ff.; NUSSBAUMER, N 594 ff.).

Arbeitnehmer, die das **Mindestalter** für die Beitragspflicht noch nicht erreicht haben, sind gemäss Art. 73 AVIG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. d AVIG und Art. 3 Abs. 2 AHVG den beitragspflichtigen Arbeitnehmern gleichgestellt, sofern sie die obligatorische Schulzeit zurückgelegt haben (BURGHERR, 36 f.; NUSSBAUMER, N 590; SCHNEUWLY, SJK 1150, 3).

Für Lohnforderungen aus Arbeitsleistung nach **Wegfall der ALV-Beitragspflicht**, d.h. ab dem Folgemonat nach Erreichen des AHV-Rentenalters, besteht kein Insolvenzenschädigungs-Anspruch (GERHARDS, Bd. I, Art. 51 N 4; NUSSBAUMER, N 590); dies selbst dann, wenn Bezüger einer AHV-Rente noch erwerbstätig sind (z.B. Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung BS, zit. in STAUFFER, BJM 1998, 188 f.).

Die Erfüllung einer **Mindestbeitragszeit** ist für die Insolvenzenschädigung (gleich wie bei der Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung) *nicht* erforderlich, dies im Gegensatz zur Arbeitslosenentschädigung (BOTSCHAFT AVIG, BBl. 1980 III 547; GERHARDS, Bd. I, Art. 51 N 7; SPÜHLER, Grundriss, § 12 N 2; STAUFFER, Arbeitslosenversicherung, 177; BREINING, 342). Es genügt, dass der Arbeitnehmer für die Lohnforderungen, für die er eine Insolvenzenschädigung beansprucht, ALV-beitragspflichtig wäre (NUSSBAUMER, N 597).

Ebenfalls *nicht* erforderlich ist das Andauern der Beitragspflicht im **Zeitpunkt der Geltendmachung** eines Anspruchs auf Insolvenzenschädigung (GERHARDS, Bd. I, Art. 51 N 2; NUSSBAUMER, N 588). Rechtserheblich ist die Beitragspflicht nur für den Zeitraum, in welchem der Lohnanspruch gegenüber dem Arbeitgeber entstanden ist.

Die Gründe für diesen Verzicht auf die Mindestbeitragszeit und das Fortdauern der Beitragspflicht im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs sind methodischer und sozialpolitischer Art: Zum einen deckt die Insolvenzenschädigung den Lohnausfall für **tatsächlich vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung**, während die Arbeitslosenentschädigung den Lohnverlust für nicht getätigte Arbeit deckt (BREINING, 342; SPÜHLER, Grundriss, § 12 N 3). Zum anderen würde das strikte Abstellen auf die Mindestbeitragsdauer zu sachlich und sozial nicht gerechtfertigten Leistungslücken im Sozialversicherungssystem führen (BOTSCHAFT AVIG, BBl. 1980 III 606).

Der Arbeitnehmer muss für einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung weder Wohnsitz noch Aufenthalt in der Schweiz haben. Das Erfordernis einer fortdauernden Verbundenheit mit der Schweiz ist *nicht* vorausgesetzt (BREINING, 343; AMMANN, 227). Insbesondere sind **Grenzgänger** anspruchsberechtigt, obwohl die mit den Nachbarländern abgeschlossenen Staatsverträge nur die Anspruchsberechtigung bei Teilarbeitslosigkeit ausdrücklich regeln (BGE 112 V 143; NUSSBAUMER, N 588; STAUFFER/KUPFER BUCHER, 218).

### 3. Arbeitgeber

Wer Arbeitnehmer im oben genannten Sinn beschäftigt, ist als Arbeitgeber gemäss Abs. 1 zu betrachten (Art. 11 ATSG). Genauso weit wie der AHV- und ALV-rechtliche Begriff des Arbeitnehmers ist auch der **ALV-spezifische Arbeitgeberbegriff** gefasst (Prinzip der möglichst einheitlichen Begriffsbestimmung im gesamten Sozialversicherungsrecht; LOCHER, § 23 N 1 f.).

Der Arbeitgeber muss entweder in der Schweiz oder in einem anderen Land, das mit der Schweiz ein Abkommen über die Zwangsvollstreckung unterzeichnet hat, oder zumindest in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen. Bezüglich Zwangsvollstreckung sind Art. 39 Abs. 1 SchKG für die Betreibung auf Konkurs bzw. Art. 42 Abs. 1 SchKG für die Betreibung auf Pfändung massgebend (GERHARDS, Bd. I, Art. 51 N 12 f.; BREINING, 344). Der Arbeitnehmer benötigt weder Wohnsitz noch Aufenthalt in der Schweiz.

Dem Gesetz unterstehen auch im Ausland tätige Arbeitnehmer von im Ausland domizilierten Arbeitgebern, wenn letztere in der Schweiz gemäss Art. 50 SchKG eine **Geschäftsniederlassung** oder ein betreibungsrechtliches Spezialdomizil aufweisen. Voraussetzung ist dabei aber jedenfalls, dass der die Insolvenzenschädigung beanspruchende Arbeitnehmer ALV-beitragspflichtig ist. Kein Anspruch besteht hingegen, wenn der Arbeitgeber nur aufgrund von Art. 166 IPRG in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegt (so nun auch BURGHERR, 62).

Zudem erfasst das Gesetz Arbeitnehmer, die in der Schweiz *beschäftigt* sind, deren im Ausland domiziliierter Arbeitgeber in der Schweiz aber weder Spezialdomizil noch Geschäftsniederlassung, Zweigniederlassung oder Betriebsstätte aufweist (BURGHERR, 63 f.; GERHARDS, Bd. I, Art. 51 N 15 ff.). Dies betrifft z.B. den Korrespondenten eines ausländischen Zeitungsverlags in der Schweiz. Wollen diese in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer Ansprüche auf Insolvenzenschädigung geltend machen, müssen sie selbstverständlich der ALV-Beitragspflicht unterstehen. Ob andere Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers ebenfalls beitragspflichtig und damit anspruchsberechtigt sind, ist unerheblich (GERHARDS, Bd. I, Art. 51 N 17).

Der Arbeitgeber selbst braucht im Gegensatz zur früheren Regelung der Schlechtwetter- und Kurzarbeitsentschädigung nicht ALV-beitragspflichtig zu sein, so dass auch jene Personen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben, welche den vollen Versicherungsbeitrag gemäss Art. 4 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 6 AHVG selbst entrichten (BURGHERR, 60; GERHARDS, Bd. I, Art. 51 N 5).

## IV. Sachliche Anspruchsvoraussetzungen

Gemäss Abs. 1 der vorliegenden Bestimmung und Art. 58 AVIG bestehen fünf alternative sachliche Anspruchsvoraussetzungen. Die Aufzählung der Insolvenztatbestände ist abschliessend (BGE 131 V 196; STAUFFER/KUPFER BUCHER, 216). Sie erfordern in unterschiedlicher Weise, dass für die Verfolgung des Lohnanspruchs, für welchen Insolvenzenschädigung geltend gemacht wird, das **Zwangsvollstreckungsverfahren** (i.w.S.) hängig sein muss. Jede dieser Anspruchsvoraussetzungen muss sodann kumulativ mit den persönlichen Voraussetzungen gegeben sein: Nicht erforderlich ist dagegen, dass die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers bereits im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben ist (STAUFFER/KUPFER BUCHER, 216 m.H. auf ARV 2000 Nr. 34 E. 2b).

### 1. Konkurseröffnung (Abs. 1 lit. a)

Im ersten und wohl häufigsten Fall ist über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet worden. Dem Arbeitnehmer müssen in diesem Zeitpunkt, d.h. im Zeitpunkt des **richterlichen Konkurserkenntnisses** gemäss Art. 175 SchKG, Lohnforderungen zustehen (Abs. 1 lit. a; GERHARDS, Bd. I, Art. 51 N 26 ff.). Nicht erforderlich ist jedoch – im Gegensatz zum Tatbestand von Art. 51 Abs. 1 lit. c AVIG –, dass ein betroffener Arbeitnehmer das Konkursbegehren gestellt hat (NUSSBAUMER, N 603). Dies liegt aus vollstreckungsrechtlicher Sicht darin begründet, dass ein Konkurs zur Generalexekution führt, ein Pfän-



(BURGHERR, 81). Wenn der Arbeitgeber Berufung ergreift und dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung erteilt wird (Art. 174 Abs. 3 SchKG), verschiebt sich der Zeitpunkt der Konkurseröffnung bis zum Entscheid der Berufungsinstanz (NUSSBAUMER, N 603). Lohnforderungen, die erst nach diesem Zeitpunkt entstehen, d.h. für Arbeiten, die nach Konkurseröffnung geleistet werden, fallen folglich nicht in den Schutzbereich der Insolvenzenschädigung. Der Konkurseröffnung gleichzustellen sind Fälle, in welchen das **Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt** (Art. 230 Abs. 1 SchKG) oder im summarischen Verfahren abgewickelt wird (Art. 231 Abs. 1–3 SchKG; GERHARDS, Bd. III, Art. 51b N 9), nicht jedoch Fälle, in denen das Konkursbegehren abgewiesen (Art. 173 SchKG) oder das Verfahren eingestellt wird (Art. 173 SchKG; BURGHERR, 69). Für die Anerkennung von Lohnforderungen ist wiederum der Zeitraum vor Abwicklung der konkursamtlichen Handlungen massgebend. Der Zwangsvollstreckung in der Schweiz sind die entsprechenden Verfahren im Ausland gleichzustellen, wenn der im Ausland domizilierte Arbeitgeber in der Schweiz nicht der Zwangsvollstreckung unterliegt (vgl. N 16).

### 2. Offensichtliche Überschuldung (Abs. 1 lit. b)

Die Bestimmung von Abs. 1 lit. b wurde mit der ersten AVIG-Partialrevision 1990 eingeführt. Sie betrifft die **Nichteröffnung des Konkurses** nach gestelltem Konkursbegehren wegen offensichtlicher (von jedem Gläubiger ohne weitere Schwierigkeiten erkennbarer) Überschuldung des Arbeitgebers und darauf gestützt wegen mangelnden Kostenvorschusses durch einen der Gläubiger. Liegt der Grund der Verweigerung des Kostenvorschusses jedoch in der mangelnden Feststellbarkeit der Überschuldung, in Zahlungsschwierigkeiten der Gläubiger oder in der Befürchtung von Schwierigkeiten, so ist die Voraussetzung von lit. b nicht gegeben (GERHARDS, Bd. III, Art. 51b N 5 ff.; NUSSBAUMER, N 604). Massgebender Zeitpunkt für die Entstehung des Anspruches ist jener, in welchem die Gläubiger – auf die vom Konkursgericht erlassene Kostenvorschussverfügung hin – von einer Bezahlung des Kostenvorschusses infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgeber absehen. Ein förmliches Nichteintreten des Konkursgerichts oder ein förmlicher Nichteröffnungsbeschluss des Konkurses ist nicht erforderlich (BGE 134 V 88, 93 f. E. 6).

### 3. Pfändungsbegehren (Abs. 1 lit. c)

Dritte Möglichkeit ist nach Art. 51 Abs. 1 lit. c AVIG die Stellung des Pfändungsbegehrens durch die Arbeitnehmenden für ihre Lohnforderungen gemäss Art. 88 SchKG. Sie kommt immer dann zum Zuge, wenn ein Arbeitgeber nicht im Handelsregister eingetragen ist und daher **nicht der Konkursbetreibung** unterliegt. Das Pfändungsbegehren kann frühestens 20 Tage und muss spätestens ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls beim zuständigen Betreibungsamt gestellt werden (Art. 88 SchKG). Im Weiteren ist diese Spezialexécution durch den Arbeitnehmer abweichend vom Grundsatz des Verbots der Schuldbetreibung auf Pfändung für **konkursfähige Arbeitgeber** möglich, wenn jenem vor Konkurseröffnung die Nachlassstundung gewährt worden ist (Art. 297 Abs. 2 SchKG). Massgebender Zeitpunkt ist der Tag der Stellung des Pfändungsbegehrens. Vor der Revision 1990 von Art. 58 AVIG war in diesem Fall das Zustandekommen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung Voraussetzung für den Insolvenzenschadigungsanspruch (so noch FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, 609 Anm. 51). Setzt sich jedoch der Arbeitgeber vor der Pfändungsankündigung ins Ausland ab, kann die versicherte Person das Pfändungsbegehren für Lohnforderungen nicht mehr stellen. Immer-

hin verbleibt ihr aber die Möglichkeit, am letzten Wohnort des Arbeitgebers die Stundung des Konkurses zu beantragen, womit die Anspruchsvoraussetzungen gemäss lit. a oder allenfalls auch lit. b erfüllt werden können (STAUFFER/KUPFER BUCHER, 217 m.H.; ARV 2003, Nr. 5 [EVG 23.8.2000, C 380/99]).

Nicht in Art. 51 AVIG sind zwei weitere sachliche Anspruchsvoraussetzungen geregelt, nämlich Nachlassstundung und Konkursaufschub: 22

### 4. Nachlassstundung (Art. 58 AVIG)

Die Nachlassstundung gemäss Art. 295 SchKG geht dem Nachlassvertrag zeitlich voraus. Ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung besteht unabhängig davon, ob die Stundung später zu einem Stundungsvergleich, zu einem Dividendenvergleich oder zu einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung führt oder ob die Genehmigung des Nachlassvertrages verweigert wird. Der **privatrechtliche Nachlassvertrag**, dem naturgemäss keine ordentliche Nachlassstundung vorangehen kann, genügt nicht als sachliche Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung von Insolvenzenschadigungsleistungen. Zu bestimmen ist der massgebliche **Zeitpunkt des Insolvenzserkenntnisses**. Mit der neuen Regelung gemäss Art. 58 AVIG ist bereits der **Zeitpunkt der behördlichen Nachlassstundungsbewilligung** (nicht aber bereits das Begehren des Schuldners um diese, so GERHARDS, Grundriss, 150) für die Ausrichtung von Insolvenzenschadigungsleistungen massgebend (BOTSCHAFT 1. Teilrev., BBl. 1989 III 400; BURGHERR, 77 ff.). Diese zeitliche Vorverlagerung des Insolvenzserkenntnisses ist sachlich folgerichtig und entspricht dem Schutzzweck des Gesetzes, da das an die Stelle des Konkursverfahrens tretende Nachlassverfahren den Insolvenzenschadigungsanspruch gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG vorerst vereitelt. Ein Anspruchsverlust wäre aber nicht gerechtfertigt, da das Nachlassverfahren nicht nur durch die Gläubiger, sondern auch durch den Schuldner selbst oder von Amtes wegen eingeleitet werden kann (Art. 293 Abs. 1 SchKG und Art. 173a Abs. 2 SchKG; siehe BURGHERR, 77). Nach der Rechtsprechung ist der definitiven Nachlassstundung die **provisorische Nachlassstundung** i.S.v. Art. 293 Abs. 3 SchKG gleichgestellt, d.h. die Insolvenzenschädigung ist bereits bei der provisorischen Nachlassstundung auszurichten. Demgemäss beginnt die 60-tägige Frist zur Geltendmachung des Anspruchs (Art. 53 Abs. 1 AVIG) mit der Veröffentlichung der provisorischen Nachlassstundung im SHAB (BGE 131 V 454).

### 5. Konkursaufschub (Art. 58 AVIG)

Der richterliche Konkursaufschub wird für die Aktiengesellschaft gemäss Art. 725a OR und für die Genossenschaft gemäss Art. 903 Abs. 5 OR gewährt. Er umfasst auch den Entscheid auf Aussetzung des Konkursbegehrens gemäss Art. 173 und 173a SchKG. Er ist mit der ersten AVIG-Revision als sachliche Anspruchsvoraussetzung für die Insolvenzenschädigung ins Gesetz eingefügt worden, da es unbillig wäre, den Arbeitnehmenden den Anspruch auf Insolvenzenschädigung allein deshalb zu versagen, weil man dem Arbeitgeber eine letzte Gelegenheit geben will, den an sich berechtigten Konkurs noch abzuwenden (BURGHERR, 76). Die Arbeitnehmenden haben infolgedessen eine weit günstigere Stellung als wenn der Anspruch erst nach definitiver Konkurseröffnung entstehen würde. **Massgebender Zeitpunkt** ist wiederum analog zum Konkurskenntnis der Tag des richterlichen Entscheides über den Aufschub. Der Anspruch besteht im Übrigen unabhängig davon, ob die Sanierung gelingt oder der Konkurs eröffnet werden muss (BURGHERR, 76).

Umfang der  
Insolvenz-  
entschädigung

**<sup>1</sup> Die Insolvenzenschädigung deckt die Lohnforderung für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkurs-eröffnung sowie allfällige Lohnforderungen für Arbeitsleistungen nach der Konkursöffnung, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Artikel 3 Absatz 2. Als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen.**

**<sup>2</sup> Von der Insolvenzenschädigung müssen die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden. Die Kasse hat die vorgeschriebenen Beiträge mit den zuständigen Organen abzurechnen und den Arbeitnehmern die von ihnen geschuldeten Beitragsanteile abzuziehen.**

Etendue de  
l'indemnité

<sup>1</sup> L'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois du rapport de travail qui a précédé le prononcé de la faillite, ainsi que les éventuelles créances de salaire portant sur les prestations de travail fournies après le prononcé de la faillite, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximum visé à l'art. 3, al. 2. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire.

<sup>2</sup> Les cotisations légales aux assurances sociales doivent être prélevées sur l'indemnité. La caisse est tenue d'établir, avec les organes compétents, le décompte des cotisations prescrites et de prélever la part des cotisations, due par les travailleurs.

Estensione  
dell'indennità

<sup>1</sup> L'indennità per insolvenza copre i crediti salariali concernenti gli ultimi quattro mesi del rapporto di lavoro prima della dichiarazione di fallimento e gli eventuali crediti salariali per le prestazioni lavorative dopo la dichiarazione di fallimento, tuttavia, per ogni mese, fino a concorrenza dell'importo massimo di cui all'articolo 3 capoverso 2. Sono considerati salario anche gli assegni dovuti.

<sup>2</sup> I contributi legali alle assicurazioni sociali devono essere prelevati dall'indennità per insolvenza. La cassa deve conteggiare i contributi prescritti con gli organi competenti e dedurre ai lavoratori la parte dei contributi da loro dovuta.

## Literatur

Vgl. die Literaturhinweise bei den Vorbem. zu Art. 51–58 AVIG.

## Inhaltsübersicht

	Note
I. Umfang der Insolvenzenschädigung .....	1
1. Begriff der Lohnforderung (Abs. 1).....	1
2. Glaubhaftmachung der Lohnforderung .....	6
3. Dauer der Entschädigungspflicht .....	9
4. Massgebender Zeitraum der Entschädigungspflicht.....	10
5. Höchstgrenze der Entschädigung (Abs. 1) .....	14
6. Abzug der Sozialversicherungsbeiträge (Abs. 2).....	16

## I. Umfang der Insolvenzenschädigung

## 1. Begriff der Lohnforderung (Abs. 1)

Massgebend ist nach heute überwiegender Ansicht nicht der betriebsrechtlich privilegierte Lohn (Art. 219 Abs. 4 SchKG), sondern der **Lohnbegriff des Arbeitslosenversicherungsrechts** (so schon BGE 112 V 59 ff. E. 2a mit kritischen Äusserungen zur inzwischen aufgehobenen Regelung in Art. 75 AVIV; ARV 1986, Nr. 14; ALV-Praxis 89/1, Bl. 12), d.h. mit gewissen Ausnahmen für den für die Beitragsbemessung massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung. Eine insolvenzenschädigungsrechtliche Spezifizierung erfährt der massgebende Lohn nach Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art. 7 AHVV jedoch insofern, als es sich um Entschädigungen für **bereits geleistete Arbeit** handeln muss (BURGHERR, 107 f.).

Im Rahmen der 4. AVIG-Revision ist eine Anpassung des Wortlauts von Abs. 1 vorgesehen. Neu soll der erste Satz lauten (BBl. 2008 7733, 7756): «Die Insolvenzenschädigung deckt für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag nach Artikel 3 Absatz 2.» Die massgebliche Änderung besteht darin, dass neu ausdrücklich festgehalten wird, dass für das gleiche Arbeitsverhältnis insgesamt vier Lohnmonate versichert sind, und zwar unabhängig von der zeitlichen Abfolge von mehreren Insolvenztatbeständen. So soll vermieden werden, dass durch das Aneinanderreihen mehrerer Insolvenztatbestände wiederholt Insolvenzenschädigung bezogen wird (Rev. Botsch. 4. AVIG-Revision, BBl. 2008 7756).

Das betriebsrechtliche Lohnprivileg (Art. 219 Abs. 4 SchKG) geht einerseits nicht so weit wie der Lohnbegriff gemäss AVIG, indem auch Löhne von nicht dem Privileg unterstellten Arbeitnehmern, u.a. von **leitenden Angestellten**, grundsätzlich unter den Lohnbegriff von Art. 52 AVIG fallen, nicht aber in jedem Fall unter Art. 219 Abs. 4 SchKG, da unter Umständen kein Unterordnungsverhältnis gegeben ist (vgl. BGE 118 III 48 ff.). Andererseits aber gelten seit der zweiten AVIG-Teilrevision von 1995 gemäss Art. 51 Abs. 2 AVIG leitende Angestellte nicht als Arbeitnehmende i.S.v. Art. 51 Abs. 1 AVIG. Somit ist im Ergebnis doch wenigstens eine inhaltliche Harmonisierung mit dem Lohnbegriff gemäss SchKG herbeigeführt worden.

Eine substantielle Differenz zwischen den beiden Lohnbegriffen kann indessen bei **arbeitnehmerähnlichen Personen** (sog. freien Mitarbeitern, Franchisingnehmern etc.; BK-REHBINDER, Art. 319 OR N 64 ff.) gegeben sein. Sie sind zwar nicht Arbeitnehmer i.S.v. Art. 319 OR, da sie nicht in die Organisation des Arbeitgebers eingegliedert sind; folgerichtig geniessen sie grundsätzlich kein Privileg gemäss Art. 219 SchKG. Soweit sie aber wirtschaftlich vom Auftraggeber oder Franchisinggeber abhängig sind und kein Unternehmerrisiko tragen, unterliegen sie der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht als Unselbständigerwerbende (Art. 5 AHVG, Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG); zur Abgrenzung sind im Einzelfall die gesamten Umstände zu würdigen (BGE 119 V 161). Eine Harmonisierung zwischen den beiden Lohnbegriffen wäre hier dadurch herbeizuführen, dass arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auf arbeitnehmerähnliche Personen analog angewendet werden (BGE 118 II 157). Somit müsste Art. 219 Abs. 4 SchKG auch auf arbeitnehmerähnliche Personen angewendet werden. Allerdings führt diese Rechtsprechung zu einem beträchtlichen Verlust an Rechtssicherheit durch die faktische Preisgabe der Typenbindung bei Verträgen auf Arbeitsleistung. Eine Regelung durch den Gesetzgeber wäre der bestehenden Rechtsunsicherheit klar vorzuziehen.

Der **massgebende Lohn** ist somit das Arbeitsentgelt jeglicher Art, das der ALV-Beitragspflicht unterliegt. Dies umfasst das Entgelt für tatsächlich geleistete Arbeit einer-

seits, aber auch das Entgelt bei nicht vom Arbeitnehmer verschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung. Darunter fallen:

- a) Nicht bezogener *Ferien- und Feiertagslohn* (BURGHERR, 110; GERHARDS, Grundriss, 149), Ansprüche für geleistete Vorholzeit (STAUFFER, Arbeitslosenversicherung, 178);
- b) *Lohnfortzahlungsansprüche* bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers, wie Krankheit, Unfall, Schwangerschaft etc. (Art. 324a OR), soweit nicht die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers in gültiger Weise durch eine Taggeldversicherung ersetzt worden ist (BURGHERR, 110);
- c) Lohnforderungen infolge *Annahmeverzugs* des Arbeitgebers (Art. 324 Abs. 1 OR; zur Abgrenzung zwischen der Bemühung um Arbeitszuweisung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Schadenminderungspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses BGE 111 V 269);
- d) *Jahresendzulagen* (Gratifikation, 13. Monatslohn), aber nur pro rata temporis der geltend gemachten Lohnmonate und nur soweit ein Anspruch aufgrund ausdrücklicher Vereinbarung besteht oder aus mehrjähriger vorbehaltloser Zahlung entstanden ist. Dasselbe gilt für eine allfällige Gratifikation oder eine Treue- oder Leistungsprämie (BURGHERR, 109);
- e) *Sondervergütungen*, wie Zulagen (Überstunden-, Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit, Teuerungs-, Schicht- oder Schmutzzulagen), Provisionen und Prämien (BURGHERR, 109).

Nicht darunter fällt jedes Entgelt, das nicht sozialabzugspflichtig ist, so namentlich (zum Ganzen BURGHERR, 111 f.):

- a) *Unkostenentschädigungen*, die Spesencharakter haben;
- b) Kinder- und Familienzulagen;
- c) Kranken- und Unfalltaggelder, Entschädigungen der ALV für Kurzarbeit und Schlechtwetter;
- d) Ansprüche aus *ungerechtfertigter Entlassung* des Arbeitnehmers nach Art. 337c OR (BGE 110 V 30, 33 f.). Die Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR ist kein Entgelt für geleistete Arbeit, sondern zivilrechtliche Strafzahlung. Ebenso nicht zum massgebenden Lohn gehören Abgangsentschädigungen gemäss Art. 339b–339d OR (STAUFFER, Arbeitslosenversicherung, 179; differenziert im Hinblick auf Art. 7 lit. q AHVV BURGHERR, 110);
- e) Vertragliche Schadenersatzforderungen und Konventionalstrafen.

## 2. Glaubhaftmachung der Lohnforderung

Gemäss Art. 74 AVIV darf die Kasse eine Insolvenzenschädigung nur ausrichten, wenn der Arbeitnehmer seine Lohnforderung zumindest glaubhaft macht. Erforderlich ist somit lediglich ein **Anscheinsbeweis** bezüglich des Bestandes und des Umfangs der Lohnforderungen. Eine andere Regelung wäre in diesem Verfahrensstadium kaum denkbar (vgl. RUBIN, 562). Denn einerseits kann die Kasse als nicht-richterliche Behörde aufgrund von Art. 6 EMRK nicht über einen zivilrechtlichen Anspruch definitiv befinden. Andererseits verlangt ein Vollbeweis über einen zivilrechtlichen Anspruch ein kontradiktorisches Verfahren, das aus Zeitgründen nicht in Frage kommt.

Der Begriff des Glaubhaftmachens bezeichnet eine Zwischenstufe zwischen blosser Behauptung und voller Beweisführung. Zur Glaubhaftmachung genügen z.B. alternativ

Entgeltangaben in schriftlichen Arbeitsverträgen, frühere Lohnabrechnungen, Bankauszüge, Stundenrapporte, Schuldanerkenntnisse des Arbeitgebers, Bescheinigungen des Betriebs- und Konkursamtes und unter Umständen auch Aussagen ehemaliger Vorgesetzter und Mitarbeiter (GERHARDS, Bd. I, Art. 52 N 11). Die Regelung führt zu einer Begünstigung der Arbeitnehmenden, indem deren Beweisposition erleichtert wird, ohne ihnen aber die Beweisführungslast aufzuerlegen (BURGHERR, 114 f.).

Die Kasse hat die Angaben des Gesuchstellers im Rahmen des Möglichen zu prüfen, 8  
bevor sie Entschädigungen leistet (GERHARDS, Bd. I, Art. 52 N 8).

## 3. Dauer der Entschädigungspflicht

Mit der 2. AVIG-Revision (1995) wurde der Umfang der Insolvenzenschädigung zunächst 9  
auf **sechs Monate** ausgedehnt und damit der Dauer für das Konkursprivileg gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG angeglichen (BOTSCHAFT, BBl. 1994 I 362). Damit wurde eine Doppelspurigkeit bezüglich der Eintreibung der privilegierten Arbeitnehmerforderungen im Konkurs des Arbeitgebers beseitigt. Im Rahmen des Stabilisierungsprogramms 1998 wurde die Dauer der Entschädigungspflicht indessen wieder auf vier Monate reduziert, wofür vorab finanzielle Erwägungen zur Entlastung der Arbeitslosenversicherung massgeblich waren. An dieser Dauer hielt der Gesetzgeber im Rahmen der 3. AVIG-Revision fest.

Im Rahmen der 4. AVIG-Revision ist die Schaffung eines neuen Abs. 1<sup>bis</sup> von Art. 52 9a  
vorgesehen, der wie folgt lauten soll (BBl. 2008 7756): «Die Insolvenzenschädigung deckt ausnahmsweise Lohnforderungen nach der Konkurseröffnung, solange die versicherte Person in guten Treuen nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet worden war, und es sich dabei nicht um Masseschulden handelt. Die maximale Bezugsdauer nach Absatz 1 darf nicht überschritten werden.» Mit diesem neuen Absatz soll der bisherige Art. 75a AVIV ins Gesetz überführt werden. Zudem soll verdeutlicht werden, dass allfällige Lohnforderungen nach der Konkurseröffnung zusammen mit den Lohnforderungen vor der Konkurseröffnung insgesamt vier Monate nicht übersteigen dürfen.

## 4. Massgebender Zeitraum der Entschädigungspflicht

Die Insolvenzenschädigung ist für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor 10  
**Konkurseröffnung** sowie für allfällige Arbeiten nach Konkurseröffnung zu leisten. Auch wenn das Gesetz ausdrücklich nur die Konkurseröffnung erwähnt, nicht jedoch die anderen Insolvenztatbestände (s. Art. 51 N 19 ff.), ist aus systematischen Gründen im Hinblick auf Art. 51 und 58 davon auszugehen, dass die Insolvenzenschädigung auch für die entsprechende Zeitspanne zu leisten ist, sofern ein anderer Insolvenztatbestand eingetreten ist (BURGHERR, 123; NUSSBAUMER, N 621).

Der Zeitpunkt, von dem an die vier Monate zurückgerechnet werden, ist im Fall des 11  
Konkurses das Datum des Konkurserkenntnisses (Art. 175 Abs. 2 SchKG; BGE 119 V 56), beim Pfändungsbegehren das Datum der Einreichung (BGE 126 V 140 E. 3b), bei der Nachlassstundung oder beim richterlichen Konkursaufschub dasjenige der richterlichen Bewilligung. Wird dagegen der Konkurs nicht eröffnet, weil sich kein Gläubiger bereit findet, die Konkurskosten vorzuschüssen (Art. 169 Abs. 2 SchKG), ist der Zeitpunkt des unbenützten Ablaufs der Frist zur Leistung des Vorschusses oder des formellen Nichteintretens auf das Konkursbegehren als massgebender Stichtag zu betrachten (zum Ganzen NUSSBAUMER, N 621). Sofern an diesen Stichtagen das Arbeitsverhältnis noch besteht, ist von diesen Daten aus zurückzurechnen, wobei das Datum selbst bei der Berechnung des Leistungszeitraums nicht mitzuzählen ist (NUSSBAUMER, N 622).



Wenn dagegen das **Arbeitsverhältnis** beim Eintritt der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. Art. 51 und 58 AVIG **nicht mehr besteht**, sind die vier Monate grundsätzlich vom letzten Tag des aufgelösten Arbeitsverhältnisses an zurückzurechnen. In diesen Fällen wird jedoch zusätzlich verlangt, dass sich der Eintritt des Insolvenztatbestandes aus Gründen verzögert haben muss, auf welche die versicherte Person keinen Einfluss nehmen konnte. Ein ausgeschiedener Arbeitnehmer, dem noch Lohnforderungen zustehen, darf mit anderen Worten nicht über längere Zeit hinweg untätig zuwarten, bevor er seine Lohnforderungen gegenüber dem Arbeitgeber mit den nötigen rechtlichen Schritten durchsetzt. Bereits ein Zuwarten von wenigen Monaten kann dazu führen, dass die versicherte Person ihren Anspruch auf Insolvenzenschädigung verliert. Das Motiv dieser Praxis liegt in der in Art. 55 Abs. 1 AVIG statuierten Schadenminderungspflicht der versicherten Person begründet (NUSSBAUMER, N 623, m.w.H.). Im Weiteren stellt sich die Frage, wie weit die Lohnforderung, für welche ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung bestehen soll, **hinter dem massgeblichen Insolvenzeitpunkt zurückliegen** darf. Die höchstrichterliche Praxis verlangt für die Entschädigungsfähigkeit lediglich, dass die entsprechende Lohnforderung noch nicht verjährt sein darf, sofern sich die Verzögerung aus Gründen ergibt, die nicht von der versicherten Person zu verantworten sind (NUSSBAUMER, N 625 m.H. auf ARV 2005 Nr. 21 E. 3.2 sowie EVG 18.2.2000, C 362/98, wiedergeben in SZS 2001, 92, und AJP 2001, 445).

Der erst im parlamentarischen Verfahren im Rahmen der 3. AVIG-Revision eingefügte Zusatz im ersten Satzteil, dass die Insolvenzenschädigung auch Lohnforderungen für **Arbeitsleistungen nach der Konkurseröffnung** deckt, erscheint zunächst systemwidrig. Sie wird erst verständlich, wenn man sich die Konkretisierung dieser Bestimmung in Art. 75a AVIV vor Augen führt. Nach dieser Norm sind die Lohnforderungen, die nach der Konkurseröffnung entstanden sind, nur so lange gedeckt, als die versicherte Person in guten Treuen nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet worden ist und die Forderungen nicht Masseschulden darstellen. Diese einschränkende Konkretisierung erscheint im Hinblick auf den Gesetzeszweck zutreffend (BURGHERR, 122 f.; NUSSBAUMER, N 627). Nach dem klaren Gesetzeswortlaut ist diese Begünstigung von gutgläubigen Arbeitnehmenden jedoch auf den Tatbestand der Konkurseröffnung beschränkt, obwohl bei den Tatbeständen der Nachlassstundung, des Konkursaufschubs und der offensichtlichen Überschuldung das gleiche Schutzbedürfnis der Versicherten angeführt werden kann. In diesem Sinn wird denn auch de lege ferenda eine Anpassung des entsprechenden Tatbestandes gefordert (BURGHERR, 122 f.; NUSSBAUMER, N 627), was jedoch im Rahmen der 4. AVIG-Revision nicht berücksichtigt worden ist (s. N 9a).

5. *Höchstgrenze der Entschädigung (Abs. 1)*

Für den Anspruch auf Insolvenzenschädigung ist die für ALV-Leistungen gültige Höchstgrenze des massgebenden Lohnes zu beachten (Art. 3 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 UVV, derzeit Fr. 126000 pro Jahr, d.h. Fr. 10500 pro Monat).

Im Gegensatz zu anderen Leistungsarten gemäss AVIG (Arbeitslosenentschädigung, Kurzarbeitsentschädigung etc.) wird die Insolvenzenschädigung nicht nur zu 70 oder 80%, sondern zu **100% des massgebenden Lohnes** ausgerichtet.

6. *Abzug der Sozialversicherungsbeiträge (Abs. 2)*

Gemäss Art. 76 AVIV sind die AHV, IV, EO, und ALV-Beiträge an die Ausgleichskasse des Arbeitgebers zu entrichten. Für die obligatorische Unfallversicherung sind Beiträge an

den Versicherer zu leisten. Beiträge für die berufliche Vorsorge gehen nach Massgabe des Vorsorgereglements (Art. 76 Abs. 2 AVIV) an die Vorsorgeeinrichtung des Arbeitgebers. Von den Insolvenzenschadigungsleistungen abzuziehen sind nur die **Arbeitnehmeranteile**. Die Arbeitgeberanteile sind von der Kasse zu tragen.

Art. 53 AVIG

- Geltendmachung des Anspruchs**
- <sup>1</sup> Wird über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet, so muss der Arbeitnehmer seinen Entschädigungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Veröffentlichung des Konkurses im Schweizerischen Handelsamtsblatt bei der öffentlichen Kasse stellen, die am Ort des Betreibungs- und Konkursamtes zuständig ist.**
  - <sup>2</sup> Bei Pfändung des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer seinen Entschädigungsanspruch innert 60 Tagen nach dem Pfändungsvollzug geltend machen.**
  - <sup>3</sup> Mit dem Ablauf dieser Fristen erlischt der Anspruch auf Insolvenzenschädigung.**

- Exercice du droit à l'indemnité**
- <sup>1</sup> Lorsque l'employeur a été déclaré en faillite, le travailleur doit présenter sa demande d'indemnisation à la caisse publique compétente à raison du lieu de l'office des poursuites ou des faillites, dans un délai de 60 jours à compter de la date de la publication de la faillite dans la Feuille officielle suisse du commerce.
  - <sup>2</sup> En cas de saisie de l'employeur, le travailleur doit présenter sa demande d'indemnisation dans un délai de 60 jours à compter de la date de l'exécution de la saisie.
  - <sup>3</sup> A l'expiration de ces délais, le droit à l'indemnité s'éteint.

- Esercizio del diritto all'indennità**
- <sup>1</sup> Se il datore di lavoro è stato dichiarato in fallimento, il lavoratore deve far valere il diritto all'indennità, entro 60 giorni dopo la pubblicazione del fallimento nel Foglio ufficiale svizzero di commercio, alla cassa pubblica competente nel luogo dell'ufficio d'esecuzione e fallimenti.
  - <sup>2</sup> Nel caso di pignoramento del datore di lavoro, il lavoratore deve far valere il diritto all'indennità entro 60 giorni dopo l'esecuzione del pignoramento.
  - <sup>3</sup> Alla scadenza di questi termini, il diritto all'indennità per insolvenza si estingue.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu den Vorbemerkungen zu Art. 51–58 AVIG.

Die Verwirkungsfrist von 60 Tagen entspricht dem Gesetzeszweck, wonach die Insolvenzenschädigung der Bevorschussung und der Verlustrisikodeckung dient. Betreibungsrechtliche Fristen lassen keine längeren Verwirkungsfristen für Insolvenzenschädigungs-Ansprüche zu. Nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzgebers erlöschen die Ansprüche auf Insolvenzenschädigung mit dem Ablauf dieser Fristen (Abs. 3), doch ist eine Wiederherstellung der Frist bei Vorliegen eines entschuldbaren Grundes gemäss Art. 41 ATSG möglich (BGE 131 V 454, 455 E. 3.1; NUSSBAUMER, N 610). Da es sich bei der Frist

gemäss Art. 53 Abs. 1 – und damit auch bei jener von Abs. 2 – nach der Rechtsprechung nicht um eine verfahrens-, sondern um eine materiellrechtliche Frist handelt, finden die Bestimmungen über den Fristenstillstand gemäss Art. 38 Abs. 4 ATSG keine Anwendung (SVR 1/2007, ALV Nr. 1 [EVG 14.8.2006, C 108/06]).

Im Fall einer **Nachlassstundung** oder eines **richterlichen Konkursaufschubs** beginnt die 60-tägige Frist gemäss Art. 58 AVIG analog mit der Publikation der Nachlassstundung (Art. 296 SchKG) bzw. des Konkursaufschubs im SHAB, wobei die Frist für die provisorische Nachlassstundung ebenfalls bereits im Zeitpunkt der Veröffentlichung zu laufen beginnt (BGE 131 V 454). Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und ist eine Konkurspublikation noch nicht erfolgt, ist für den Beginn der Frist die Publikation der Einstellung des Konkursverfahrens gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG massgebend (BGE 114 V 354, 357 E. 2; siehe auch BURGHERR, 101). Ist der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet worden, weil sich infolge öffentlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschüssen (Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG), haben die Arbeitnehmenden den Anspruch auf Insolvenzenschädigung spätestens 60 Tage nach unbenütztem Ablauf der Frist für die Stellung des Konkursbegehrens geltend zu machen (Art. 77 Abs. 5 AVIV), d.h. nach Ablauf von 15 Monaten seit der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 166 Abs. 2 SchKG). Die Gesetzeskonformität dieser sehr langen Bedenkfrist für die Geltendmachung, die im Widerspruch zu den übrigen Regelungen zu stehen scheint (s. N 1), wird denn auch in Frage gestellt (BURGHERR, 101 f.).

Die in Abs. 2 statuierte 60-tägige Frist bei Pfändung des Arbeitgebers beginnt am Tag nach dem Pfändungsvollzug zu laufen (BURGHERR, 102; NUSSBAUMER, N 608 und FN. 1259), wobei sich auch kantonale Entscheide finden, die den Fristbeginn ab dem Zustellungsdatum der Abschrift der Pfändungsurkunde festsetzen (z.B. SVR 2/2005, ALV Nr. 2, Entscheid des Sozialversicherungsgerichtshofes des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 4.3.2004; zustimmend RUBIN, 569; eingehend zur Kontroverse LONDIS, 577 f., die für eine gesetzgeberische Lösung plädiert, bis dahin aber auf dem Weg der Füllung einer unechten Lücke, d.h. einer Gesetzeskorrektur, den Fristenlauf beim Zustellungsdatum der Abschrift der Pfändungsurkunde beginnen lassen möchte.).

Der Gesuchsteller hat gemäss Art. 77 AVIV der Kasse einzureichen:

- a) das vollständig ausgefüllte Antragsformular;
- b) den Versicherungsausweis der AHV/IV;
- c) die Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung oder eine Wohnsitzbescheinigung der Gemeinde oder, wenn er Ausländer ist, den Ausländerausweis;
- d) alle weiteren Unterlagen, welche die Kasse zur Beurteilung seines Anspruchs verlangt.

Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass das Gesuch bei der öffentlichen Kasse i.S.v. Art. 77 AVIG zu stellen ist, die am Ort des Betreibungs- und Konkursamtes zuständig ist. Private Kassen i.S.v. Art. 78 AVIG sind damit im Unterschied zu den übrigen Leistungsbereichen nicht zuständig (NUSSBAUMER, N 613). Wenn jedoch der Arbeitgeber nicht der Zwangsvollstreckung in der Schweiz unterliegt, so ist laut Art. 77 Abs. 4 AVIV die öffentliche Kasse des Kantons zuständig, in dem der frühere Arbeitsort liegt. Für den Fall, dass Arbeitsorte in verschiedenen Kantonen bestanden, bezeichnet aufgrund der nämlichen Bestimmung das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) die zuständige Kasse.

## Art. 54 AVIG

### Übergang der Forderung an die Kasse

**<sup>1</sup> Mit der Ausrichtung der Entschädigung gehen die Lohnansprüche des Versicherten im Ausmasse der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse über. Diese darf auf die Geltendmachung nicht verzichten, es sei denn, das Konkursverfahren werde durch das Konkursgericht eingestellt (Art. 230 SchKG).**

**<sup>2</sup> Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Umständen die Kasse auf die Geltendmachung der Forderung verzichten kann, wenn der Arbeitgeber dafür im Ausland belangt werden muss.**

**<sup>3</sup> Hat der Versicherte bereits einen Verlustschein erhalten, so muss er ihn der Kasse abtreten.**

### Subrogation de la caisse

<sup>1</sup> En opérant le versement de l'indemnité, la caisse se subroge à l'assuré dans ses droits concernant la créance du salaire, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'elle a versée et des cotisations des assurances sociales qu'elle a acquittées. La caisse ne peut renoncer à faire valoir ses droits à moins que la procédure de faillite ne soit suspendue par le juge qui a prononcé la faillite (art. 230 LP).

<sup>2</sup> Le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles la caisse peut renoncer à faire valoir sa créance lorsqu'il s'agit de poursuivre l'employeur à l'étranger.

<sup>3</sup> Si l'assuré a déjà obtenu un acte de défaut de biens, il est tenu de le céder à la caisse.

### Trasferimento del credito alla cassa

<sup>1</sup> Con il pagamento dell'indennità, le pretese salariali dell'assicurato sono trasferite alla cassa, nella misura dell'indennità versata e dei contributi alle assicurazioni sociali pagati dalla cassa, compreso il privilegio legale nel fallimento. La cassa non può rinunciare a far valere i suoi diritti, a meno che il giudice che ha dichiarato il fallimento abbia ordinato la sospensione della procedura (art. 230 LEF).

<sup>2</sup> Il Consiglio federale stabilisce le condizioni alle quali la cassa può rinunciare a far valere il credito, se il datore di lavoro deve essere escusso all'estero.

<sup>3</sup> L'assicurato, se ha già ottenuto un certificato di carenza di beni, deve cederlo alla cassa.

## Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu den Vorbemerkungen zu Art. 51–58 AVIG.

## Inhaltsübersicht

	Note
I. Subrogation und Pflicht zur Geltendmachung (Abs. 1) .....	1
II. Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs (Abs. 1 und 2) .....	2
III. Abtretung von Verlustscheinen (Abs. 3) .....	5

## I. Subrogation und Pflicht zur Geltendmachung (Abs. 1)

Durch gesetzliche **Subrogation** (s. Art. 166 OR) tritt die Kasse in vollem Umfang der Entschädigungsleistung in die Rechtsstellung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ein. Der Übergang der Forderung erstreckt sich auf die **Lohnansprüche** sowie auf die **Sozialversicherungsbeiträge**, welche die Kasse entrichtet hat (Arbeitgeberanteil). Insofern unterscheidet sich Art. 54 AVIG von Art. 29 Abs. 2 AVIG (betreffend Subrogation der Arbeitslosenentschädigung); gemäss Art. 29 AVIG wird nur der von der Arbeitslosenentschädigung abzuziehende Beitragsanteil des Arbeitnehmers von der Subrogation erfasst (GERHARDS, Bd. I, Art. 54 N 4). Nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift darf die Arbeitslosenkasse nicht auf die Geltendmachung der Forderung verzichten, d.h. sie hat zugunsten der Versicherung sämtliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber durchzusetzen, sofern nicht das Konkursverfahren durch das Konkursgericht eingestellt wird.

## II. Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs (Abs. 1 und 2)

Das Gesetz lässt den Verzicht auf die Geltendmachung des übergegangenen Anspruchs grundsätzlich nicht zu (s. N 1 a.E.). Damit soll verhindert werden, dass nachrangige Gläubiger im Konkurs auf Kosten der ALV-Kasse Vorteile erlangen. Die Kasse kommt nämlich gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (Abs. 1) in den Genuss des Konkursprivilegs (Art. 219 Abs. 4 SchKG).

Ausnahmsweise ist der Verzicht indessen zulässig. Vorab bei **Einstellung des Konkurses** mangels Aktiven gemäss Art. 230 SchKG steht der weitere Aufwand der Kassenverwaltung oft in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Aussichten auf Erlös.

Im Weiteren ist der Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs zulässig, wenn der **Arbeitgeber im Ausland** belangt werden müsste (Abs. 2). Gemäss Art. 80 Abs. 1 AVIV hat hier die Kasse dem SECO Antrag auf Verzicht der Geltendmachung zu stellen. Das SECO ermächtigt aufgrund der Gegebenheiten im Einzelfall (Erfolgaussichten, Ausmass der Umtriebe) die Kasse zum Verzicht (Art. 80 Abs. 2 AVIV).

## III. Abtretung von Verlustscheinen (Abs. 3)

Der Versicherte hat die Pflicht, einen allenfalls erhaltenen Verlustschein der Kasse abzutreten, d.h. (physisch) zu übergeben (Abs. 3; BURGHERR, 139). Dies umfasst sowohl Pfändungsverlustscheine als auch Konkursverlustscheine (Art. 265 SchKG; GERHARDS, Bd. I, Art. 54 N 11). Die Verlustscheine müssen jedoch in Bezug zu einer Arbeitnehmerforderung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 AHVG stehen (BURGHERR, 139). Die Übergabe der Verlustscheine zählt zu den in Art. 55 Abs. 1 AVIG genannten Pflichten der Arbeitnehmer.

## Art. 55 AVIG

Pflichten des Versicherten

<sup>1</sup> Der Arbeitnehmer muss im Konkurs- oder Pfändungsverfahren alles unternehmen, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, bis die Kasse ihm mitteilt, dass sie an seiner Stelle in das Verfahren eingetreten ist. Danach muss er die Kasse bei der Verfolgung ihres Anspruchs in jeder zweckdienlichen Weise unterstützen.

<sup>2</sup> Der Arbeitnehmer muss die Insolvenzschädigung in Abweichung von Artikel 25 Absatz 1 ATSG zurückerstatten, soweit die Lohnforderung im Konkurs oder in der Pfändung abgewiesen oder aus Gründen nicht gedeckt wird, die der Arbeitnehmer absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, ebenso soweit sie vom Arbeitgeber nachträglich erfüllt wird.

Obligations de l'assuré

<sup>1</sup> Dans la procédure de faillite ou de saisie, le travailleur est tenu de prendre toutes les mesures propres à sauvegarder son droit envers l'employeur, jusqu'à ce que la caisse l'informe de la subrogation dans ladite procédure. Une fois que la caisse est devenue partie à la procédure, le travailleur est tenu de l'assister utilement dans la défense de ses droits.

<sup>2</sup> Le travailleur est tenu de rembourser l'indemnité, en dérogation à l'art. 25, al. 1, LPG, lorsque sa créance de salaire n'est pas admise lors de la faillite ou de la saisie ou n'est pas couverte à la suite d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave de sa part ou encore que l'employeur a honoré la créance ultérieurement.

Obblighi dell'assicurato

<sup>1</sup> Il lavoratore, nella procedura di fallimento o di pignoramento, deve prendere ogni provvedimento necessario alla tutela dei suoi diritti rispetto al datore di lavoro, fintanto che la cassa gli comunichi d'averlo surrogato nella procedura. Successivamente, deve assistere la cassa, in ogni modo adeguato, nella difesa del suo diritto.

<sup>2</sup> Il lavoratore deve restituire, in deroga all'articolo 25 capoverso 1 LPG, l'indennità per insolvenza, se il credito salariale è respinto nella procedura di fallimento o di pignoramento, non è coperto per sua colpa intenzionale o sua grave negligenza oppure è successivamente soddisfatto dal datore di lavoro.

## Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu den Vorbemerkungen zu Art. 51–58 AVIG.

## Inhaltsübersicht

Note

I. Normzweck .....	1
II. Wahrung des Anspruchs gegenüber dem Arbeitgeber (Abs. 1) .....	2
III. Pflicht zur Rückerstattung (Abs. 2) .....	5

## I. Normzweck

Angestrebt wird mehr als eine reine Verfahrensregelung. Es geht um den Bestand des Anspruchs gegenüber dem Arbeitgeber, aber auch um den Anspruch des Versicherten gegenüber der Kasse. Das Gesetz unterscheidet zwei Phasen. Bis zur Mitteilung des Eintritts der Kasse in das Verfahren trifft den Arbeitnehmer eine **umfassende Anspruchswahrungspflicht**. Nach der Mitteilung verbleibt lediglich die **Pflicht zur Hilfeleistung** gegenüber der Kasse. 1

## II. Wahrung des Anspruchs gegenüber dem Arbeitgeber (Abs. 1)

Der Arbeitnehmer muss (vor der Mitteilung des Eintritts in das Verfahren durch die Kasse) insb. seine Lohnforderung im Konkurs des Arbeitgebers **rechtzeitig eingeben**. 2



Gemäss Art. 232 Abs. 2 SchKG hat dies innerhalb eines Monats nach der Konkurspublikation im SHAB zu erfolgen.

Allerdings darf die Arbeitnehmerpflicht zur umfassenden Anspruchswahrung, wie das Gesetz sie grundsätzlich stipuliert, nicht überdehnt werden. Gefordert ist nur, aber immerhin, eine Anspruchswahrung im Rahmen des Zumutbaren (BURGHERR, 148 f.), denn als regelmässig schwächere Vertragspartei befindet sich der Arbeitnehmer gerade bei Insolvenz des Arbeitgebers in einer Zwangslage. Der allenfalls in Aussicht stehende Übergang des Arbeitsverhältnisses auf eine Nachfolgegesellschaft, Versuche zur Fortführung des Betriebes oder ähnliche Umstände mögen den Arbeitnehmer dazu verleiten, auf seine Lohnforderung teilweise zu verzichten, den Kollokationsplan nicht anzufechten oder Fristen verstreichen zu lassen. Da der Arbeitnehmer gemäss Art. 341 OR auf zwingende Ansprüche überhaupt nicht rechtsgültig verzichten kann, wird man auch aufgrund von Art. 56 AVIG an eine verzögerte oder reduzierte Anspruchswahrung kaum erhebliche Rechtsnachteile für den Arbeitnehmer knüpfen können. Deshalb sind der Bildungsgrad des Arbeitnehmers oder sein Wohnort (so GERHARDS, Bd. I, Art. 55–56 N 5) allein kaum geeignete Kriterien für die Beantwortung der Frage, was der Arbeitnehmer alles zur Wahrung seiner Ansprüche zu unternehmen hat. Vielmehr muss auch **der Grad der wirtschaftlichen Abhängigkeit** des Arbeitnehmers vom bisherigen Arbeitsverhältnis und von dessen allfälliger Übernahme oder Fortführung berücksichtigt werden (vgl. auch ARV 2002, Nr. 30 [EVG 12.4.2002, C 367/01]).

In der zweiten Phase, nach Mitteilung des Eintritts der Kasse, hat der Arbeitnehmer noch die Pflicht zur Hilfeleistung gegenüber der Kasse. Diese Pflicht beschränkt sich i.d.R. auf das **Einreichen von Unterlagen**, insb. von Vertragsdokumenten, Lohnabrechnungen u.a.m. (GERHARDS, Bd. I, Art. 55–56 N 7; NUSSBAUMER, N 634).

### III. Pflicht zur Rückerstattung (Abs. 2)

Grundsätzlich sind laut Art. 25 ATSG unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie jedoch nicht zurückerstatten, wenn ein Härtefall vorliegt. Von dieser Grundregel, die auch im Arbeitslosenversicherungsrecht gilt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 AVIG), sieht Art. 56 Abs. 2 AVIG drei Abweichungen vor. In diesen drei Fällen sind die Versicherten rückerstattungs-pflichtig, obwohl nicht sämtliche Voraussetzungen von Art. 25 ATSG erfüllt sind. Abgesehen von diesen drei Sondertatbeständen gilt Art. 25 ATSG als lex generalis (BURGHERR, 150 f.). Die Sonderregelungen sind vor allem deshalb erforderlich, weil sie auch Leistungsbezüge betreffen, die erst ex tunc (und nicht ex nunc wie bei Art. 25 ATSG) unrechtmässig erscheinen. Es geht nicht um die nachträgliche Korrektur von Auszahlungen, die von Anfang an unrichtig waren, sondern um neu eingetretene Tatsachen, welche die Beständigkeit der Leistungsausrichtung ex nunc als ungerechtfertigt erscheinen lassen (BURGHERR, 152). Der Erlass der Rückerstattung bei grosser Härte sowie die Verwirkung des Rückerstattungsanspruchs nach einem Jahr, wie sie in Art. 25 ATSG vorgesehen sind, sind auch in den Fällen von Art. 55 Abs. 2 AVIG anwendbar. Art. 55 Abs. 2 AVIG statuiert lediglich drei anders geartete Rückerstattungstitel, modifiziert das Rückerstattungsregime gemäss Art. 25 ATSG aber nicht weiter (vgl. BURGHERR, 159 ff.).

Die Rückerstattungspflicht besteht zunächst bei **Abweisung der Lohnforderung** im Konkurs oder in der Pfändung (fehlende Anerkennung der Forderung, Art. 245 SchKG). Damit wird zwar zum Ausdruck gebracht, dass die geltend gemachte Lohnforderung nicht bestanden hat, doch wurde die Insolvenzsentschädigung nicht fälschlicherweise ausgerichtet, sofern sie von der versicherten Person hinreichend glaubhaft gemacht worden war (BURGHERR, 158 f. m.H. auf weitere Konstellationen). Es zeigt sich bei

diesem Tatbestand besonders deutlich, dass die mit der Insolvenzsentschädigung abge-goltene Lohnforderung vom weiteren Schicksal der arbeits- und vollstreckungsrecht-lichen Durchsetzbarkeit abhängt (vgl. NUSSBAUMER, N 636).

Die Rückerstattungspflicht besteht auch dann, wenn die Lohnforderung **vom Arbeit- 7**  
**geber nachträglich erfüllt** wird. Dabei geht es nicht um den Fall, dass der Arbeitgeber seine Zahlungsverpflichtung gegenüber der leistungsausrichtenden Kasse erfüllt, son-  
dern um die Konstellation, dass der Arbeitgeber die Lohnforderung dem Arbeitnehmer  
direkt vergütet, obwohl ihm die Subrogation der Arbeitslosenversicherung angezeigt  
worden ist. Sinn von Art. 55 Abs. 2 AVIG ist es, in diesen Fällen der Kasse die  
Möglichkeit zu geben, wahlweise gegenüber dem Arbeitgeber oder dem ungerechtfertigt  
bereicherten Arbeitnehmer vorzugehen (BURGHERR, 157 f.).

Schliesslich besteht die Rückerstattungspflicht, wenn die Forderung des Arbeitneh- 8  
mers an sich anerkannt wird, wenn sie aber im Konkurs oder in der Pfändung aus  
Gründen **nicht gedeckt** wird, die der Arbeitnehmer absichtlich oder grobfahrlässig  
herbeigeführt hat. Nach der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung handelt  
grobfahrlässig, wer unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser  
Acht lässt, was jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen  
Umständen hätte tun oder unterlassen müssen (BURGHERR, 156, m.H.). Es geht um die  
Sanktion der Pflichtverletzung gemäss Art. 55 Abs. 1 AVIG. Voraussetzung für die  
Rückerstattungspflicht ist indessen, dass der ALV ein Schaden entstanden ist (GER-  
HARDS, Bd. I, Art. 55–56 N 21), d.h. dass eine Insolvenzsentschädigung ausgerichtet  
worden ist, die subrogierte Forderung in der Folge aber definitiv ungedeckt bleibt  
(BURGHERR, 153).

### Art. 56 AVIG

**Auskunftspflicht** **Der Arbeitgeber sowie das Betreibungs- und Konkursamt sind verpflichtet, der Kasse alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen, damit der Anspruch des Arbeitnehmers beurteilt und die Insolvenzsentschädigung festgelegt werden kann.**

Obligation de renseigner L'employeur ainsi que l'office des poursuites ou des faillites sont tenus de fournir à la caisse tous les renseignements qui lui sont nécessaires pour apprécier si le travailleur a droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité et en fixer le montant.

Obbligo di informare Il datore di lavoro e l'ufficio d'esecuzione e fallimenti sono tenuti a fornire alla cassa ogni informazione necessaria per valutare la pretesa del lavoratore e per stabilire l'indennità per insolvenza.

### Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu den Vorbemerkungen zu Art. 51–58 AVIG.

Der **Arbeitgeber** hat der Kasse Auskunft zu geben über den Bestand des Lohnanspruchs 1  
an sich sowie über dessen Umfang. Hierbei sind Angaben zu machen über den Lohnsatz,  
über den zeitlichen Umfang des Lohnrückstands, über Lohnvorschüsse und die Abgren-  
zung zu allfälligen lohnähnlichen Leistungen wie Aufwandsentschädigungen oder Ver-

waltungsratstantiemen (Bestimmung der Arbeitnehmerordnung gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG; GERHARDS, Bd. I, Art. 55–56 N 11). Die Auskunftspflicht des Arbeitgebers besteht gegenüber der Kasse und die Auskünfte müssen unentgeltlich erteilt werden (Art. 28 Abs. 1 ATSG). Nicht vorgesehen ist in dieser Bestimmung die Pflicht des Arbeitgebers, seine Arbeitnehmenden über den Eintritt eines Insolvenztatbestandes zu orientieren (NUSSBAUMER, N 637). Eine solche Pflicht lässt sich aber allenfalls aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ableiten (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, N 527). Die Arbeitnehmenden sind insb. dann darauf angewiesen, dass der Arbeitgeber die Auskünfte gemäss Art. 56 AVIG korrekt erteilt, wenn ihnen selbst die Glaubhaftmachung der Ansprüche nicht gelingt, da sie in diesem Fall die Folgen der Beweislosigkeit tragen müssten (o. Art. 52 N 6 f.; BURGHERR, 118).

Die Auskunftspflicht der **Betreibungs- und Konkursämter** erstreckt sich in erster Linie auf Informationen im Zusammenhang mit den Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG (NUSSBAUMER, N 637). Über die im Gesetzestext ausdrücklich genannten Ämter hinaus fallen auch atypische Organe wie insb. die ausserordentliche Konkursverwaltung (Art. 241 SchKG), der Sachwalter im Nachlassstundungsverfahren (Art. 295 und 298 SchKG) und der Liquidator beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG; zum Ganzen BURGHERR, 118) unter die Auskunftspflicht.

Die Auskunftspflichten setzen mit der Anmeldung des Entschädigungsanspruchs ein. Sie erstrecken sich nach dem Wortlaut des Gesetzes (nur) auf Fragen, welche die Beurteilung der Ansprüche der Arbeitnehmenden und die Festlegung der Höhe der Insolvenzenschädigung betreffen. Eine Verletzung der Auskunftspflicht stellt sodann eine **Übertretung** gemäss Art. 106 Abs. 1 AVIG dar (BURGHERR, 118; NUSSBAUMER, N 637).

## Art. 57 AVIG

**Finanzierung** Die Insolvenzenschädigung wird aus den Mitteln der Versicherung finanziert.

Financement Les indemnités sont financées au moyen des recettes de l'assurance.

Finanziamento L'indennità per insolvenza è finanziata con i mezzi dell'assicurazione contro la disoccupazione.

### Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu den Vorbemerkungen zu Art. 51–58 AVIG.

Finanzierungsquellen sind die Beiträge der versicherten Arbeitnehmer, die Beiträge der Arbeitgeber sowie die Zinsen des ALV-Ausgleichsfonds (Art. 90 Abs. 1 AVIG). Die Reserven des ALV-Ausgleichsfonds können bei Bedarf herangezogen werden (Art. 84 AVIG). Die Finanzierung durch Darlehen des Bundes und der Kantone ist im Rahmen von Art. 90 AVIG möglich (s.o. Vorbem. zu Art. 51–58 N 11).

## Art. 58 AVIG

**Nachlassstundung**

**Bei einer Nachlassstundung oder einem richterlichen Konkursaufschub gilt dieses Kapitel sinngemäss für diejenigen Arbeitnehmer, die aus dem Betrieb ausgeschieden sind.**

Sursis concordataire

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie, en cas de sursis concordataire ou d'ajournement de la déclaration de faillite par le juge, aux travailleurs qui ont quitté l'entreprise.

Moratoria concordataria

In caso di moratoria concordataria o di dilazione giudiziaria del fallimento le disposizioni del presente capitolo sono applicabili per analogia ai lavoratori che hanno lasciato l'impresa.

### Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu den Vorbemerkungen zu Art. 51–58 AVIG.

### Inhaltsübersicht

Note

I. Nachlassstundung .....	1
II. Richterlicher Konkursaufschub.....	3
III. Arbeitgeber mit Domizil im Ausland.....	4
IV. Aus dem Betrieb ausgeschiedene Arbeitnehmer .....	5

### I. Nachlassstundung

Mit der AVIG-Revision 1990 wurde die sinngemässe Anwendung der Regelungen über die Insolvenzenschädigung auf die Nachlassstundung ausgedehnt. Vorher hatte Art. 58 gelautet: «Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gilt dieses Kapitel sinngemäss».

Die Gesetzesrevision hat damit den Anwendungsbereich der Insolvenzenschädigung erheblich ausgedehnt, geht doch die Nachlassstundung (Art. 295 SchKG) bzw. deren Publikation (Art. 296 SchKG) einem allenfalls zu genehmigenden Nachlassvertrag zeitlich voraus.

### II. Richterlicher Konkursaufschub

Auch die sinngemässe Anwendung der Regelungen über die Insolvenzenschädigung auf den richterlichen Konkursaufschub bewirkt eine zeitliche Vorverlegung der Anspruchsentstehung. Die AVIG-Revision 1990 hat wiederum die Rechtsstellung des versicherten Arbeitnehmers dadurch verbessert, dass der Anspruch auf Insolvenzenschädigung nicht erst bei definitiver Konkurseröffnung entsteht. Massgebender Zeitpunkt ist analog zum Konkurserkenntnis der Tag des richterlichen Entscheides über den Aufschub (vgl. o. Art. 51 AVIG N 19).

### III. Arbeitgeber mit Domizil im Ausland

Der Nachlassstundung und dem richterlichen Konkursaufschub sind entsprechende Verfahren im Ausland gleichzustellen, wenn der im Ausland domizilierte Arbeitgeber in der Schweiz nicht der Zwangsvollstreckung unterliegt (vgl. o. Art. 51 N 16).